

University of Groningen

Pre-packing in the Netherlands

Verstijlen, Frank

Published in:
Nederlands Juristenblad

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstijlen, F. (2014). Pre-packing in the Netherlands: De beoogde 'beoogd curator'. *Nederlands Juristenblad*, 1096-1104. [803].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Pre-packing in the Netherlands

De beoogde 'beoogd curator'

Frank Verstijlen¹

Er staat een nieuwe ster in de coulissen van het insolventierecht: de 'stille bewindvoerder' of, zoals deze figuur volgens het voorontwerp voor een Wet Continuïteit Ondernemingen I zal heten: de 'beoogd curator'. Deze beoogd curator in een pre-pack vervult zijn functie in moeilijke omstandigheden. Er is nog generlei insolventieprocedure geopend, waaraan hij bevoegdheden kan ontleen, maar insolventie zal al wel aanwezig of toch ten minste imminent zijn. Toch werpen zijn handelingen hun schaduw vooruit op het aanstaande faillissement; sterker nog, in de regel zullen die handelingen bepalend zijn voor dat faillissement. Dat is een fundamenteel andere positie dan die van de curator. Het voorontwerp knoopt in dat licht wat al te gemakkelijk aan bij de curator. De figuur van de beoogd curator verdient een verder doordachte uitwerking en bevoegdheden die toegesneden zijn op de gevaren waarmee de betrokkenen bij de pre-pack – waaronder degenen die in deze periode met de schuldenaar contracteren – worden geconfronteerd.

In de afgelopen januarimaand verschenen twee nieuwe gezichten bij de geplaagde garnalenverwerker Heiploeg in het Groningse Zoutkamp. Gerard de Boer en Pieter de Jong. Heiploeg verkeerde in moeilijkheden. Zij had van de Europese Commissie juist een 'megaboete' wegens kartelvorming opgelegd gekregen. Gerard de Boer en Pieter de Jong deden voor de buitenwereld nogal vage dingen bij Heiboer; wie hen 'googelde' kwam uit bij een marketingbedrijf en een webdeveloper.

Maar in werkelijkheid waren Gerard de Boer en Pieter de Jong niet wie ze zeiden te zijn, maar de geroutineerde Groninger curatoren Gerard Breuker en Pieter Lettinga, die een op handen zijnde doorstart van Heiploeg overzagen. Zij waren, zoals het *Dagblad van het Noorden* het omschreef, 'een tikkeltje vermomd': ze hadden een stoppelbaard en droegen schipperstruiken.²

Enkele weken later, op 28 januari, werd Heiploeg in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mrs. Breuker en Lettinga als curatoren. Diezelfde dag werd de doorstart bekendgemaakt. Heiploeg start door als onderdeel van het Valkenburgse visverwerkingsbedrijf Parlevliet & Van der Plas, maar nu met negentig werknemers minder en met verslechterde arbeidsvoorwaarden.³

Zie hier een nieuwe ster aan het firmament van het insolventierecht, de 'stille bewindvoerder' of, zoals het volgens het voorontwerp voor een Wet Continuïteit Ondernemingen I zal heten: de 'beoogd curator'.⁴ Een nieuwe hoofdrolspeler, die nu nog ongeregeld is, maar – zie de

affaire-Heiploeg – al wel optreedt.⁵ Een boeiende rechtsfiguur, want de beoogd curator doet zijn werk buiten het kader van enige insolventieprocedure, maar op een moment dat er materieel al wel insolventie zal zijn. En zijn handelingen werpen hun schaduw vooruit op het aanstaande faillissement; sterker nog, in de regel zullen die handelingen bepalend zijn voor dat faillissement.

In deze bijdrage probeer ik deze nieuwe functionaris nader te determineren. Wat is zijn taak en wat zijn zijn bevoegdheden en verantwoordelijkheden? Onder welke voorwaarden kan hij aansprakelijk worden gehouden voor zijn handelingen?

Om die vragen te kunnen beantwoorden, dient eerst aandacht te worden besteed aan de procedure waarbinnen de beoogd curator moet functioneren.

De pre-pack

De pre-pack is over komen waaien uit de VS, waar de figuur van de *pre-packaged reorganization* is opgekomen. Ook daar is geen vaste terminologie, maar veelal wordt bedoeld op de situatie dat al voor de opening van een Chapter 11-procedure wordt onderhandeld of zelfs gestemd over een *reorganization plan*,⁶ zodat de formalisering van dat plan na de opening van de insolventieprocedure snel zijn beslag kan krijgen.⁷ Daar lijkt 'onze' pre-pack heel weinig op, want een akkoord – ons equivalent van een *reorganization plan* – is hoge uitzondering. Wij 'reorganiseren met de botte bijl', door een activatransactie.

Onze pre-pack heeft meer verwantschap met het Engelse model, waar een pre-pack *administration* neerkomt op een voor de formele administratie uitonderhandelde overdracht.⁸ Niet voor niets wordt in de voorgestelde toelichting op de Wet Continuïteit Ondernemingen I vooral aangeknoopt bij de Engelse pre-pack.⁹

De pre-pack betreft kortom een voorstadium van een faillissement,¹⁰ waarin een 'deal' wordt 'uitonderhandeld',

De pre-pack betreft een voorstadium van een faillissement waarin een 'deal' wordt 'uitonderhandeld', die in faillissement moet worden beklonken

die in faillissement moet worden beklonken.

Overigens hoeft het niet *per se* tot een faillissement te komen. Idealiter worden alle problemen in onderling overleg tussen de belangrijkste 'stakeholders' opgelost. Maar in de praktijk kunnen de problemen zodanig groot zijn of de groep 'stakeholders' dermate divers en omvangrijk dat toevlucht tot het faillissement wordt gezocht. Zo gaan bij een overdracht van een onderneming buiten faillissement de werknemers 'gewoon' mee over naar de doorstartende partij en moeten boventallige werknemers – voor of na de overgang – via een reguliere procedure worden ontslagen, met alle verwikkelingen en kosten van dien.¹¹ En als het toch fout gaat, wordt er alsnog een curator aangesteld, die de – naar achteraf blijkt – aan de vooravond van het faillissement gesloten transactie(s) met een

kritisch oog bekijkt en de actio pauliana kan invoeren. Een minder vooropstaand voordeel van het formaliseren van de transactie binnen faillissement, is dat de wederpartij de positie van boedelschuldeiser kan krijgen.

Uit het voorgaande blijkt dat de 'pre-packprocedure' eigenlijk helemaal geen procedure is. Op dit moment alleen al niet omdat er niets is geregeld, maar ook onder het regime van de Wet Continuïteit Ondernemingen I brengt de aanwijzing van een beoogd curator nauwelijks wijzigingen in de situatie. Alles speelt zich af in het open veld van de contractsvrijheid. Iedereen behoudt zijn rechten. Er is geen verlies van beschikkingsbevoegdheid, geen verval van executiemiddelen, enz. Er is eigenlijk alleen een 'beoogd curator'.

De 'beoogd curator' en zijn taken

In de huidige praktijk is de beoogd curator ongeregeerd. De desbetreffende rechtbank, althans een daaraan verbonden rechter, doet simpelweg weten, op verzoek van de schuldenaar, wie zij voornemens is als curator aan te stellen, indien het faillissement binnen een redelijke termijn wordt uitgesproken.¹² In het geval *Heiploeg* werd daar een verkapte taakopdracht aan toegevoegd, in de overweging:¹³

'Doel van deze regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoers biedt een mogelijkheid om in relatie rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden.'

Het voorontwerp biedt een summier procedure.

Volgens het voorgestelde artikel 363 lid 1 Fw kan de rechtbank op verzoek van een schuldenaar 'een of meer personen aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator', waartoe de schuldenaar aannemelijk dient te maken dat met die aanwijzing het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers of belangen van maatschappelijke aard zijn gediend.

Op dit punt wijkt het voorontwerp in positieve zin af van de Engelse pre-pack, waarbij een zekerheidsgerechtigde of de schuldenaar zelf een *administrator* kan aanstel-

Auteur

1. Prof. mr. F.M.J. Verstijlen is hoogleraar privaatrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.

Noten

2. <http://www.dvhn.nl/nieuws/economie/article10879283.ece/Vermomde-curator-met-schuilnaam-bij-Heiploeg>.

3. Volgens de berichtgeving in *NRC Handelsblad*, <http://www.nrc.nl/handelsblad/van/2014/januari/29/uitgekleed-heiploeg-maakt-doorstart-1343992>, alsmede van FNV Bondgenoten, http://www.fnvbondgenoten.nl/nieuws/nieuwsarchief/2014/februari/710363-naar_de_rechter_130214/.

4. Het voorontwerp is te raadplegen via http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.

5. Naar verluidt, werken alle rechtbanken behalve de Rechtbanken Overijssel, Midden-Nederland en Maastricht mee aan de pre-pack. Zie M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *FIP* 2014, p. 26-27, die hierover overigens bepaald kritisch is.

6. 11 USC § 1126(b) opent daartoe – onder voorwaarden – de mogelijkheid.

7. Zie E. Tashjian, R.C. Lease en J.J. McConnell, 'Prepacks: An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics*, vol. 40, 1996, p. 138-139, P. Walton, 'Pre-packaged administrations – trick or treat?', *Insolv. Int.* 2006 vol. 19, p. 113-114 en V. Finch, 'Pre-packaged administrations: bargains in the shadow of insolvency or shadowy bargains?', *JBL* 2006, p. 568-569.

8. Zie de definitie in het 'Statement of Insol-

vency Practice 16' onder 1, waarover hierna meer, alsmede P. Walton, 'Pre-packaged administrations – trick or treat?', 2006, vol. 19 *Insolv. Int.*, p. 114, alwaar hij – al zij het 'primarily on the basis of anecdotal evidence' – opmerkt: 'The pre-pack invariably takes the form, not of a reorganisation and rescue of the company but of a management buy out of the company's business.'; alsmede V. Finch, 'Pre-packaged administrations: bargains in the shadow of insolvency or shadowy bargains?', *JBL* 2006, p. 569-570. Uitgebreid ook in Nederland: N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23, onder 4.

9. Te raadplegen via http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i. Zie p. 8-9.

10. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de

Wet Continuïteit Ondernemingen ook voorziet in een 'pre-pack' voor een surseance van betaling.

11. Art. 7:8 BW.

12. Zie M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *FIP* 2014, p. 28-29, alsmede de berichtgeving van de 'stille bewindvoers' van Heiploeg, te raadplegen via <http://www.dorhout.nl/nieuws/pre-pack-heiploeg/114>.

13. Zie de laatste vindplaats in de vorige noot.

Wetenschap



len en dus ook zijn 'beoogd *administrator*' uitzoeken.¹⁴

Hoewel volgens het voorontwerp de rechtbank de beoogd bewindvoerder aanwijst, wordt uitgegaan van het harmoniemodel. Opgemerkt wordt:¹⁵

'dat van belang is dat er steeds sprake is van een harmonieuze omgang tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Is dit niet (langer) het geval, dan ligt het in de rede dat de beoogd curator zijn taak neerlegt'.

Bij een vertrouwensbreuk moet de schuldenaar afscheid van de beoogd curator kunnen nemen, waartoe (onder meer) de schuldenaar bij de rechtbank een verzoek kan indienen.¹⁶

Wat doet de beoogd curator? Niet bijster veel, als we op het concept voor een memorie van toelichting mogen afgaan:¹⁷

'De beoogd curator is geen adviseur van de onderneming, heeft geen betrekking of bevoegdheden binnen de onderneming en heeft aan de onderneming geen enkele verplichting, met uitzondering van de verplichting tot geheimhouding. Hij treedt ook niet op als toezichthouder. De beoogd curator heeft louter tot taak om mee te kijken, zich te (laten) informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken binnen de onderneming.'

Kortom, de beoogd curator kijkt, luistert en zwijgt, al is dat laatste – ten onrechte meen ik – niet in het voorontwerp zelf tot uiting gebracht.

Wat heeft de schuldenaar aan zo'n kijkend, luisterend en zwijgend sujet? Welnu, op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken en de beoogd curator als curator wordt aangesteld, komt hij beslagen ten ijs. Hij kent de onderneming, haar problemen en de voorgestelde oplossing; hij kan sneller beslissingen nemen. De affaire-Heiploeg is illustratief. Het is niet onwaarschijnlijk dat de bedrijfsvoering van Heiploeg rondom de faillissementsdatum was gestokt indien de curatoren pas in de middag van de dag van faillietverklaring hadden kennisgemaakt met het bedrijf en de garnalenindustrie.

De beoogd curator spreekt

Anders dan de hiervoor geciteerde passage zou kunnen suggereren, is de haag van de tanden van de beoogd curator niet volledig gesloten. Volgens het voorgestelde artikel 365 lid 2 kan de beoogd curator:

'indien de schuldenaar daarom vraagt, onder meer verklaren:

- a. dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van de schulden, na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op

grond van de artikelen 42 tot en met 47;

- b. onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden op basis van artikel 101 lid 1, en
- c. welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.'

Dat is potentieel een belangrijk voordeel, althans voor de schuldenaar en diens wederpartij. Bij herstructureren op de rand van faillissement is het bepaald moeilijk te zeggen wat nog net wel en wat niet door de beugel van de pauliana kan. Dat leerstuk is de afgelopen jaren buitengewoon complex geworden, met – op het eerste gezicht – tegenstrijdige arresten. Mocht een bepaalde transactie, zoals een nootkrediet tegen zekerheidsverschaffing, aan de verkeerde kant van de streep blijken te zitten, dan zijn de gevolgen ernstig: de financier is zijn zekerheden kwijt en heeft weinig hoop de verstrekte gelden ooit terug te zien.

Een potentiële overnemer heeft er belang bij te weten dat een met de schuldenaar uitonderhandelde activatransactie door de curator zal worden uitgevoerd, zodat hij niet het risico loopt dat alle inspanningen en kosten van het voorbereiden (*due diligence*) en tot stand brengen van de transactie voor niets zijn geweest.

Indien een verklaring van de beoogd curator zekerheid kan bieden over een beoogde transactie kan dat financiers, leveranciers, overnemers, enz. over de streep trekken.¹⁸

Het bieden van die duidelijkheid – als dat al mogelijk is (zie hierna) – heeft wel een prijs. In een 'gewoon' faillissement wordt de beslissing om de actio pauliana in te roepen, genomen op grond van gedegen onderzoek naar de feiten én de vaak complexe jurisprudentie die relevant is voor de feiten van het geval. Het valt te betwijfelen dat de kwaliteit van die beslissing kan worden gewaarborgd indien die beslissing wordt genomen in de snelkookpan van die paar weken vóór de faillietverklaring, waarin de aandacht vooral zal worden geabsorbeerd door het tot stand brengen van de transactie.¹⁹

Op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken en de beoogd curator als curator wordt aangesteld, komt hij beslagen ten ijs

¹⁴ Zie s. 14 respectievelijk 22 Insolvency Act 1986, Schedule B1. Ook N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tv* 2011/23, onder 6.10 noemt dit als een voordeel. In het Amerikaanse recht wordt bij de toepassing van *Chapter 11* in de regel überhaupt geen *bankruptcy trustee* aangesteld, dus van een

'beoogd trustee' is evenmin sprake.

¹⁵ Het concept voor de memorie van toelichting, p. 4.

¹⁶ Zie het voorgestelde art. 364 Fw.

¹⁷ P. 4.

¹⁸ Naar huidige recht zal de curator bij gebreke van een regeling niet kunnen worden gebonden aan enige verklaring van de

'beoogd curator', ongeacht of het dezelfde persoon betreft. Zie N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 209.

¹⁹ Zie ook het advies d.d. 5 februari 2014 van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via <http://www.rechtspraak.nl/>

Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/
Wetgevingsadviezen2014/2014-05-Advieswetsvoorstel-Wet-continuïteit-ondernemingen-I.pdf, dat er voorts op wijst dat de beoogd curator zich 'uitsluitend kan baseren op informatie die door de schuldenaar is verstrekt'.

Het bieden van zekerheid aan wederpartijen door het ‘binden’ van de curator aan de verklaring van de beoogd curator heeft het risico dat suboptimale beslissingen worden genomen, ten detrimente van de gezamenlijke schuldeisers

Het verslag van de beoogd curatoren van Heiploeg van hun twee weken als beoogd curator is illustratief:²⁰ zij werden geconfronteerd met een digitale *dataroom* met tienduizenden pagina's documenten, een consortium financiers, vennootschappen in diverse buitenlandse, fiscale vorderingen, financieringsarrangementen, biedingen van vóór hun aanstelling als beoogd curator, mededingingsrechtelijke aspecten, enz.

Bovendien bestaat het gevaar dat de beoogd curator wordt gedreven door het momentum van de ontwikkelingen, de dynamiek van het groepsproces en het gemeenschappelijke doel van die groep de doorstart te doen slagen.²¹

Kortom, het bieden van zekerheid aan wederpartijen door het ‘binden’ van de curator aan de verklaring van de beoogd curator heeft het risico dat suboptimale beslissingen worden genomen, ten detrimente van de gezamenlijke schuldeisers. In voorkomende gevallen kunnen zij ter zake een (onrechtmatiggedaads)vordering hebben tegen de (beoogd) curator *pro se*, maar zo'n procedure is geen *sine cure*, gezien de restrictieve rechtspraak over de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator.²²

Maar het is de vraag of de verklaring ex artikel 365 lid 2 van het voorontwerp die zekerheid kan bieden. Het ferme antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie is: jazer. In de toelichting vermeldt hij:²³

‘Indien de beoogd curator – na daartoe gevraagd te zijn door de schuldenaar – verklaart dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator de verstrekking van de zekerheden na een eventuele faillietverklaring niet door middel van een *actio pauliana* zal vernietigen, geeft dit de schuldenaar en de verstrekker van het noodkrediet de gewenste zekerheid.’

Die verklaring – niet slechts die sub a van artikel 365 – zou ‘in beginsel bindend’ zijn, ook als uiteindelijk een ander dan de beoogd curator als curator wordt aangesteld.²⁴ Maar in het voorontwerp zelf is niets over een binding aan de verklaring te vinden. Omdat de wetgever tot ons spreekt via de wet, lijkt me hier voor het ministerie nog werk te verrichten. Het is niet het minst belangrijke aspect van de voorstellen.²⁵

De minister is sowieso wat snel met het beloven van ‘de gewenste zekerheid’. De onderwerpelijke beslissingen zijn niet altijd alleen aan de curator, beoogd of niet. Er is ook de rechter-commissaris. Die moet een activatransactie door de curator goedkeuren en houdt in zijn algemeenheid toezicht op de curator.²⁶ En bij de pre-pack is er niet slechts de beoogd curator, maar wordt ook een ‘beoogd rechter-commissaris’ aangewezen.²⁷ Die zal, daartoe door de beoogd curator gevraagd, ‘van zijn zienswijze doen blijken’ ten aanzien van de uitlatingen van de curator.²⁸ Maar nergens staat dat hij aan die zienswijze zal zijn gebonden;

voorontwerp noch toelichting maakt daar melding van.²⁹

Wat daar van zij, het belang van deze discussie moet worden gerelativeerd. Er is niet alleen recht, maar ook psychologie. Of de verklaring nu ‘technisch-juridisch’ wel of niet bindend is, de beoogd curator en rechter-commissaris die zich eenmaal hebben uitgesproken, zullen sterk geneigd zijn te doen wat zij hebben gezegd. Niemand wil als windvaan of onbetrouwbaar bekend staan.

Maar feit blijft dat zelfs de curator en de rechter-commissaris niet steeds het laatste woord hebben. De schuldeisers fluiten hun partijtje mee. Er kan een commissie van schuldeisers worden ingesteld, die een adviesrecht heeft;³⁰ en die commissie én elke schuldeiser kan op de voet van artikel 69 Fw opkomen tegen een beslissing van de curator.³¹ Dan treft hij weliswaar dezelfde rechter-commissaris die al ‘van zijn zienswijze heeft doen blijken’ maar daartegen kan dan weer beroep worden ingesteld, langs welke weg er altijd iemand zal beslissen die zich niet al vóór de faillietverklaring over de kwestie heeft gebogen.

De beoogd curator spreekt II

De beoogd curator spreekt nog op één ander moment en wel bij zijn verscheiden als zodanig. Hij brengt achteraf verslag uit van zijn bevindingen.³² Dat wordt ter griffie gedeponereerd, maar komt alleen naar buiten als het faillissement wordt uitgesproken. Dat verslag is een vooruitgang ten opzichte van de huidige situatie waarin niemand het ‘voorkoken’ van het faillissement verslaat. Het verslag vormt een compensatie voor het gebrek aan transparantie dat een pre-pack naar zijn aard heeft.

In Engeland zijn daartoe door de verschillende regulerende autoriteiten richtlijnen gegeven in de vorm van het Statement of Insolvency Practice 16,³³ met daarin onder meer de verplichting verslag uit te brengen van de aard van diens rol voorafgaand aan de aanstelling als *administrator*, waarom gekozen is voor een pre-pack sale, andere handelwijzen die zijn overwogen, de wijze waarop de contacten met de *insolvency practitioner* zijn gelegd, details over *marketing activities*, taxatie, de kopende partij en diens relatie tot de schuldenaar enz.

Het valt te verwachten dat iets soortgelijks in Nederland zal gebeuren. Het voorontwerp is bedoeld als een kaderregeling; in het verband van nadere regelgeving wordt verwezen naar Recofa, de organisatie van rechters-commissarissen in faillissementszaken.³⁴ De Raad voor de Rechtspraak verwijst zelfs expliciet naar het genoemde ‘SIP 16’.³⁵

Niet alleen vervult dit verslag een verantwoordingsfunctie, het kan voorts, zo komt nog aan de orde, een belangrijk machtsmiddel van de beoogd curator zijn.

Maar nu de taken van de beoogd curator hiervoor in

grove lijnen zijn geschetst, probeer ik eerst tot een nadere determinatie van de positie van de beoogd curator te komen.

De rechtspositie van de beoogd curator

De vraag naar de rechtspositie van de curator is notoir moeilijk te beantwoorden. Het betreft een klassiek twistpunt, waarover ondanks decennia van discussie geen begin van een heersende leer valt te bespeuren.³⁶

De vraag naar de positie van de beoogd curator is nóg ingewikkelder. In de toelichting wordt vooral gezegd wat hij *niet* is. Hij is *geen* adviseur van de onderneming, heeft *geen* betrekking binnen de onderneming, is *geen* toezichthouder.³⁷

Hij is ook *geen* curator, voeg ik daaraan toe. Hij is niet als zodanig aangesteld, ontbeert diens bevoegdheden en heeft niet de taak de boedel te beheren en te vereffenen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.³⁸ Het kan dan ook wenkbrauwen doen fronsen dat het voorgestelde artikel 365 lid 1 Fw bepaalt:

‘De beoogd curator [...] neemt bij zijn handelen steeds de taak van [...] de curator [...] als uitgangspunt.’

Bedoeld is, volgens de toelichting,³⁹ dat hij zijn taak ver-richt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, zoals een curator in faillissement, en zich niet richt op de belangen van een of meer bepaalde schuldeisers. Maar dat maakt de bepaling niet minder paradoxaal. De beoogd curator opereert vóór het faillissement. Er is nog geen fixatie van het vermogen van de schuldenaar. De schuldenaar blijft beschikkingsbevoegd; zijn vermogen wordt niet vereffend of verdeeld. De schuldeisers zijn nog niet in

De vraag naar de rechtspositie van de curator is notoir moeilijk te beantwoorden. De vraag naar de positie van de beoogd curator is nóg ingewikkelder

een gezamenlijkheid verenigd, wiens belangen de beoogd curator kan behartigen.

Maar wat dan volgt, biedt de sleutel tot de oplossing:⁴⁰

‘Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat in de fase voorafgaand aan een eventueel faillissement zodanig wordt gehandeld dat bij faillissement de vorderingen van alle schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte kunnen worden voldaan.’

De beoogd curator is niet alleen ‘beoogd’ als curator in het latere faillissement; hij moet zelf ‘het oog houden’ op het waarschijnlijk komende faillissement en de weerslag die de handelingen van de schuldenaar en die van hemzelf op dat faillissement zullen hebben. Die koppeling tussen pre-pack en het faillissement c.q. de beoogd curator en de curator is welhaast onontkoombaar, waar de beoogd curator met zijn verklaringen de latere curator bindt.

Toch zit er een kortsluitinkje in de opdracht aan de beoogd curator. De curator behartigt niet alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar moet ook waken voor die van de schuldenaar zelf. Hij heeft ‘bij de

20. Te raadplegen via http://www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering_20140204.PDF.

21. Zie het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 21 januari 2014, onder 4.14, kenbaar via http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07336f413, G. Gispén, ‘De “pre-pack” is onduidelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in: *40XL (liber amicorum M.J.M. Franken)*, 2013, p. 85-86 en 89 en B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2013, p. 192, welke laatste zelfs spreekt van een soort ‘Stockholmsyndroom’, waarmee hij de beoogd curator in een wel zeer ondergeschikte positie plaatst. In Engeland – waar het probleem dringender is omdat de ‘beoogd administrator’ noch de *administrator* per se door de rechter wordt aangesteld – is wel de suggestie gedaan een ander als administrator te benoemen dan degene die bij de voorbereiding van de pre-pack is betrokken. Zie de Consultation/Call for evidence van de Insolvency Service, uit maart 2010, kenbaar via <http://www.bis.gov.uk/assets/insolvency/docs/insolven->

[cy%20profession/consultations/prepack/pre-pack%20consultation%2031march%2010.pdf](http://www.bis.gov.uk/assets/insolvency/docs/insolvency%20profession/consultations/prepack/pre-pack%20consultation%2031march%2010.pdf). In *Clydesdale Financial Services Ltd vs. Smailes*, 2009, BCC 810, werd een *administrator* die bij de voorbereiding van de pre-pack was betrokken van zijn taken ontheven, omdat de gang van zaken bij de prijsbepaling onvoldoende duidelijk was en de *administrator* en zijn kantoor ‘were so closely involved in the negotiations that he cannot be expected now to conduct an independent review’. Zie voorts onder meer P. Walton, *Pre-packaged administrations – trick or treat?*, 2006, vol. 19 *Insolv. Int.*, p. 116-119 en dezelfde auteur, ‘When is pre-packaged administration appropriate – a theoretical consideration’, 2011, vol. 20 *Nottingham Law Journal* 1, p. 5-7. Inmiddels is duidelijk dat voorsnog niet tot wetswijziging zal worden overgegaan. Zie de brief van 26 januari 2012 van de ‘The Parliamentary Under-Secretary of State for Business, Innovation and Skills’, kenbaar via <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201212/cmhansrd/cm120126/wmstxt/120126m0001.htm>.

22. Vergelijk HR 16 december 2011, *NJ*

2012/515 (*X. vs. Gips*).

23. P. 24.

24. P. 22 van de toelichting. Dat die andere curator gebonden is aan de beslissingen van de beoogd curator, houdt de Raad voor de rechtspraak (op p. 11 van het eerdergenoemde advies) voor ‘onmogelijk’, maar ik zie niet in waarom: een opvolgend curator is ook gebonden aan de beslissingen van zijn voorganger. Een andere vraag is of dat adequaat in het voorontwerp is neergelegd, waarover zometeen meer.

25. Ook overigens zou de stofkam door de bepaling moeten. Waarom de beperking tot ‘de normale bedrijfsuitoefening’ of ‘ter aflossing van de schulden’? En waarom kan de verklaring slechts betrekking hebben op de actio pauliana en bijvoorbeeld niet een onrechtmatiggedaadvordering. Kennelijk bedoelt de minister het ruimer dan het is opgeschreven omdat hij in de toelichting (p. 24) het voorbeeld van de zekerheidsstelling voor een noodkrediet geeft.

26. Zie art. 176 (jo. 101) respectievelijk 64 Fw.

27. Zie het voorgestelde art. 367 lid 1 Fw.

28. Zie het voorgestelde art. 367 lid 2 Fw.

29. Zie de reactie van de Nederlandse Ver-

eniging van Banken van 20 januari 2014, p. 3-4, kenbaar via http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a87d38ac-5513-40f0-96a6-96bcaefa54b9.

30. Art. 78 Fw.

31. Zoals ook in de toelichting wordt onderkend. Zie p. 22-23. Zie ook p. 10-11 van het eerdergenoemde advies van de Raad voor de rechtspraak.

32. Art. 364 lid 3 van het voorontwerp.

33. Herzien per 1 november 2013, kenbaar via [http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_\(effective_from_1_November_2013\).pdf](http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_(effective_from_1_November_2013).pdf).

34. Zie p. 5 van de toelichting.

35. Zie p. 9 van het eerdergenoemde advies.

36. Zie voor een schets van de myriade van opvattingen F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 87-97.

37. Zie p. 4 van de toelichting.

38. Zie art. 68 Fw.

39. P. 11.

40. T.a.p.

uitoefening van zijn taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening [...] te houden'.⁴¹ De toelichting van het voorontwerp heeft het alleen over de gezamenlijke schuldeisers, maar heeft de beoogd curator door de opdracht in artikel 365 lid 1 Fw mede een taak tegenover de schuldenaar?

Dat zou op gespannen voet staan met het gegeven dat gedurende de pre-pack de schuldenaar zelf de beslissingen neemt. De ratio voor de taak van de curator tegenover de schuldenaar is dat het diens vermogen is dat de curator beheert en dat de tussenkomst van de curator beter de nakoming verzekert van de verplichting van schuldeisers bij de executie rekening te houden met de belangen van de schuldenaar.⁴² Dit alles speelt niet bij de pre-pack: de beoogd curator beheert niet het vermogen van de schuldenaar en evenmin is sprake van een executie door de gezamenlijke schuldeisers.

Het zou bijvoorbeeld merkwaardig zijn indien de schuldenaar die een onereuze activatransactie is overeengekomen, de beoogd curator zou kunnen aanspreken omdat die ex artikel 365 lid 2 heeft verklaard dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator de activa op de overeengekomen voorwaarden zal vervreemden. Die schuldenaar heeft zelf voor die transactie gekozen op het moment dat het aan hem was te kiezen.

Toch meen ik dat de beoogd curator wel degelijk een verantwoordelijkheid heeft tegenover de schuldenaar, vanuit de gerichtheid van de pre-pack op het verbeteren van de afwikkeling van het faillissement en de koppeling van de taak van de beoogd curator met die van de curator. Iets soortgelijks geldt voor belangen van maatschappelijke aard, die de curator naar vaste rechtspraak – en als een voorafschaduwning daarvan: de beoogd curator – in zijn beleid moet betrekken.⁴³ Men neme het geval dat de beoogd curator een door de schuldenaar voorbereide transactie 'kapot maakt' door op onterechte gronden te weigeren daarover ex art. 365 lid 2 te verklaren. Hij schaaft dan op voorhand de boedel en daarmee de belangen van de gezamenlijke schuldeisers én de schuldenaar, alsmede de bij de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard.

Kortom, de beoogd curator waakt voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de te verwachten vereffening van het vermogen van de schuldenaar, met inachtneming van belangen van die schuldenaar en die van maatschappelijke aard.

Dat geldt mijns inziens ook naar huidig recht, waar de onderwerpelijke verplichting van de beoogd curator bij gebreke van een wettelijke regeling in voorkomende gevallen gegrond zal zijn op een contractuele verhouding met de schuldenaar,⁴⁴ dan wel de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, al dan niet 'gevoed' door een taakopdracht door de aanwijzende rechtbank;⁴⁵ enigszins vergelijkbaar met de wijze waarop de verplichtingen die op de curator zelf rusten tot uitdrukking komen in de hierna te behandelen 'Maclou-norm', die verder gaat dan de verplichtingen die de Faillissementswet op de curator legt.⁴⁶

Het (te) beperkte instrumentarium van de beoogd curator

Hierbij dient te worden bedacht dat de beoogd curator weinig middelen tot zijn beschikking heeft om voor die belangen te waken. Hij is niet de baas. Sterker nog, het vooront-

werp plaatst hem in een nogal ondergeschikte positie; diens harmonieuze omgang met de schuldenaar staat voorop, hij moet zwijgen totdat de schuldenaar hem vraagt te spreken en bij een vertrouwensbreuk het veld ruimen. Via de verklaringen van artikel 365 lid 2 kan hij invloed uitoefenen, maar alleen op initiatief van de schuldenaar.

Als de schuldenaar volhardt in een voornemen een transactie te verrichten die de beoogd curator paulianeus acht, geeft het voorontwerp deze laatste niet veel mogelijkheden

Mogelijk is dit beperkte instrumentarium ingegeven door de wens te bevorderen dat schuldenaren daadwerkelijk verzoeken om aanwijzing van een beoogd curator. De drempel voor zo'n verzoek is lager indien de schuldenaar de beoogd curator relatief gemakkelijk aan de kant kan zetten en een bestuurder niet hoeft te vrezen van zijn troon te worden gestoten.⁴⁷

Toch komt het mij wenselijk voor dat de beoogd curator 'steviger' wordt neergezet met effectieve mogelijkheden zich te weer te stellen tegen dreigend nadeel voor de boedel.⁴⁸

Vooropgesteld zij dat te verwachten valt dat de beoogd curator op de werkvloer machtiger zal zijn dan op papier.⁴⁹ De pre-pack sorteert in de regel voor op het faillissement, zodat de schuldenaar uiteindelijk van de curator afhankelijk zal zijn. En ook al is de gedachte dat de beoogd curator bij conflicten het veld moet ruimen, hij heeft wel het oor van de beoogd rechter-commissaris en zal, zoals hiervoor aan de orde kwam, verslag uitbrengen van zijn bevindingen. Komt het tot een faillissement, dan zal de curator van dat verslag kennis nemen. Het oordeel dat de beoogd curator daarin uitspreekt, zal gewicht hebben, afkomstig als het is van een onafhankelijk en onpartijdig door de rechtbank benoemde functionaris. Schuldenaren zullen zijn suggesties en aanmerkingen serieus nemen.

Maar in een geval dat de schuldenaar volhardt in een voornemen een transactie te verrichten die de beoogd curator paulianeus acht, geeft het voorontwerp deze laatste niet veel mogelijkheden. Hij zal dan niet verklaren dat te verwachten valt dat de curator niet de actio pauliana zal instellen, maar dat houdt de schuldenaar niet tegen. De beoogd curator wordt voorts – althans, zoals gezegd, volgens de toelichting – geacht geheimhouding in acht te nemen, maar ik vind het weinig acceptabel dat de beoogd curator passief moet blijven toezien waar de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden ondergraven. Het ligt voor de hand dat hij vraagt van zijn taken ontheven te worden en in het verslag dat hij ter griffie deponeert melding maakt van het gebeurde.⁵⁰

Nu de taken van de beoogd curator in het voorontwerp zo flinterdun zijn, lijken ook de gevaren voor diens persoonlijke aansprakelijkheid gering

Omdat dat de schuldenaar evenwel nog steeds niet tegenhoudt, ware het wenselijk dat in het uiteindelijke wetsvoorstel wordt bepaald dat de beoogd curator het faillissement kan of moet aanvragen, een bevel van de rechter-commissaris kan vragen en/of aangifte van een strafbaar feit kan of moet doen.⁵¹ Dat maakt de pre-pack voor de schuldenaar minder vrijblijvend, maar een schuldenaar die om aanwijzing van een beoogd curator verzoekt, moet weten dat hij geen 'oliemannetje aan draadjes' mag verwachten maar een onafhankelijke functionaris met een eigen verantwoordelijkheid.

Aansprakelijkheid van de beoogd curator

De taak van de beoogd curator wordt, zo bleek hiervoor, sterk beïnvloed door diens te verwachten curatorschap. Het is dan ook niet vreemd dat de toelichting voor de aansprakelijkheid van de beoogd curator aanknoopt bij die van de curator. Hierbij zij vooropgesteld dat dit slechts een persoonlijke aansprakelijkheid kan betreffen: het voorontwerp voorziet niet in enige bevoegdheid een ander te binden of 'preconstitutief' te handelen. Voor het huidige recht is het niet anders.

De toelichting verwijst naar de bekende 'Maclou-norm':⁵² 'de curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht'. Vul voor 'curator'

'beoogd curator' in – zou de gedachte zijn – en men heeft de norm voor de beoogd curator.⁵³

Maar zo simpel is het niet. De Maclou-norm zegt op zichzelf niet zoveel. Die moet worden geconcretiseerd. En die concretisering leidt tot een andere uitkomst bij de beoogd curator, al is het alleen maar omdat zijn taken anders zijn. Zo beheert de beoogd curator geen vermogen en gaat hij geen boedelschulden aan; ter zake zal dus – anders dan voor de curator⁵⁴ – geen aansprakelijkheid kunnen bestaan. Op sommige punten zal de norm voor de beoogd curator wel in de buurt komen van die voor de curator. Een curator die lichtvaardig een boedelbestanddeel 'onder de prijs' verkoopt, kan daarvoor persoonlijk aansprakelijk zijn.⁵⁵ Dat zal niet anders zijn voor de beoogd curator die zich op de voet van het voorgestelde artikel 365 lid 2 Fw op lichtvaardige wijze positief uitsprekt over een door de schuldenaar uitonderhandelde transactie en daarmee de later aangestelde curator bindt.⁵⁶

Soms zullen de aansprakelijkheid van de beoogd curator en die van de curator in elkaar overlopen. Indien de beoogd curator 'zit te slapen', daardoor na zijn aanstelling als curator onvoldoende is voorbereid en ondermaatse beslissingen neemt, zal hij voor deze beslissingen eerder aansprakelijk zijn dan indien aan zijn curatorschap geen pre-pack vooraf was gegaan. De tijdsdruk waarin een curator verkeert, is een mitigerende factor voor diens persoonlijke aansprakelijkheid,⁵⁷ maar weegt minder zwaar

41. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwe Nutsbedrijven vs. Blokland q.q.*).

42. Zie voor de dogmatische inkadering F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 140-142.

43. Zie vooral HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*). Die maatschappelijke belangen worden in het voorontwerp nogal zwaar aangezet, waar zij in het voorgestelde art. 363 lid 1 een separate grond vormen voor aanwijzing van een beoogd curator. Kritisch hierover de Raad voor de rechtspraak in het eerdergenoemde advies, p. 5.

44. Zie E. Loesberg, 'Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht', *TOP* 2013, p. 30-31 en N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 204, met als bijlage een 'modelovereenkomst stille bewindvoering'.

45. Vergelijk de affaire-Heiploeg, waarover noot 11.

46. Zo maakt Maclou zelf (HR 19 april

1996, NJ 1996/727) gewag van een mogelijke verplichting van de curator individuele schuldeisers van het faillissement op de hoogte te stellen, hetgeen verder gaat dan de Faillissementswet.

47. Om deze reden is in het Amerikaanse Chapter 11 gekozen voor het systeem van de *debtor in possession*. Zie H.R. Rep. 95-598, p. 6191: 'Proposed Chapter 11 recognizes the need for the debtor to remain in control to some degree, or else debtors will avoid the reorganization provisions in the Bill until it would be too late for them to be an effective remedy.' Vergelijk N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 208. Een zeer minimalistische opvatting hebben W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013, p. 197, die stellen dat de stille bewindvoerder (naar huidig recht) zich over het paulianeuze karakter van een voorgenomen transactie 'niet uit [dient] te laten'.

48. Zie het hiervoor genoemde advies van

de Nederlandse Orde van Advocaten, onder 4.12, alsmede Gerhard Gispén, 'De "pre-pack" is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers', in: 40XL (*liber amicorum M.J.M. Franken*), 2013, p. 84.

49. Vergelijk Ph.W. Schreurs, 'Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk', *FIP* 2013, p. 270-271.

50. Vergelijk voor het huidige recht N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 206.

51. Zie ook het wenselijkste in het eerdergenoemde advies van de Nederlandse Orde van Advocaten, onder 9.16.

52. HR 19 april 1996, NJ 1996/727. Zie voor een nadere uitwerking HR 16 december 2011, NJ 2012/515 (X. vs. Gips).

53. Vergelijk W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013, p. 200, N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 206 en J.V. Maduro, 'Het wetsvoorstel Wet continuïteit onderne-

mingen I: de rechtszekerheid gediend?', *FIP* 2013, p. 281, die erop wijst dat vanwege het gebrek aan ervaring met de 'beoogd curator' sprake is van 'een leeg begrip'.

54. Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 26 mei 1998, JOR 1999/38 respectievelijk Rb. Utrecht 17 maart 1999, JOR 1999/107.

55. Zie Rb. Assen 10 oktober 2007, NJF 2008/183 over de curator die een tankstation voor een bedrag van € 300.002 verkocht aan de enige bidder, zonder een makelaar, taxateur of andere deskundige in te schakelen.

56. Zoals hiervoor aan de orde kwam, staat deze binding in het huidige voorontwerp geenszins vast.

57. In HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*) wordt in de motivering voor de hiervoor geciteerde 'Maclou-norm' verwezen naar de omstandigheid dat de beslissingen van de curator 'vaak geen uitstel kunnen lijden'.

naar mate de curator gedurende een pre-pack meer gelegenheid heeft gehad zich in de situatie te verdiepen.⁵⁸

Nu de taken van de beoogd curator in het voorontwerp zo flinterdun zijn, lijken ook de gevaren voor diens persoonlijke aansprakelijkheid gering. Toch verwacht ik – en ik zou dat als positief waarderen – dat de eisen aan de beoogd curator in de praktijk hoger zijn dan in het voorontwerp verwoord. Bijzondere aandacht is daarbij op zijn plaats voor degenen die gedurende de pre-pack met de schuldenaar contracteren. Het lijkt erop dat de minister zelf op dat punt in de toelichting verder gaat dan in het voorontwerp verwoord. Hij refereert aan de zogenaamde *Beklamelaansprakelijkheid*.⁵⁹ Indien een bestuurder van een vennootschap verplichtingen aangaat, wetende of moettende weten dat de vennootschap die niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daardoor veroorzaakte schade, kan de bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gehouden. Die norm geldt ook voor de curator die ongedekte boedelschulden aangaat,⁶⁰ maar kan als zodanig niet gelden voor de beoogd curator, omdat de beoogd curator nooit verplichtingen aangaat. Maar in de toelichting meldt de minister:⁶¹ ‘Zijn de verplichtingen aangegaan naar aanleiding van een “positieve” verklaring van de beoogd curator, dan zou deze mogelijk ook persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de daaruit voortvloeiende schade voor de crediteuren.’

Die ‘positieve verklaring’ heeft denkkelijk betrekking op een door de schuldenaar voorgestelde doorstart c.q. voorgenomen activatransactie. Hoewel niet helemaal duidelijk is wie de minister verstaat onder ‘de crediteuren’, lijkt de beoogd curator hier door de verwijzing naar *Beklamel* een verantwoordelijkheid ten opzichte van potentiële wederpartijen van de schuldenaar toebedeeld te krijgen. Dat staat op gespannen voet met de eerdere opmerkingen dat

de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers moet behartigen en geen toezichthouder is.⁶² Het overtreden van de *Beklamel*norm kan juist in het voordeel van de gezamenlijke schuldeisers zijn, waar de betreffende wederpartijen hun prestaties aan de schuldenaar leveren en de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers doen toenemen, terwijl de tegenprestatie nimmer (integraal) ten laste van de boedel wordt voldaan.

Maar de geciteerde passage suggereert dat hij toch een taak heeft tegenover individuele partijen die in de voorfase met de schuldenaar contracteren. En dat lijkt mij terecht. De *Beklamel*norm is zo diep verankerd in ons juridische genoom dat het onbestaanbaar is dat een door de rechtbank benoemde functionaris ijdel toeziet hoe zij wordt overtreden.⁶³ Zo wordt het door de Raad voor de rechtspraak ervaren,⁶⁴ alsmede, – zo schat ik in – door de beroepsgroep zelf.⁶⁵ Illustratief is de affaire-*Heiploeg*, waar de zogenaamde ‘pre-packcrediteuren’ de bijzondere aandacht van de beoogd curatoren hadden en voor welke crediteuren een voorziening was getroffen die betaling moest waarborgen.⁶⁶

Tot slot

Deze beoogd curator in een pre-pack vervult zijn functie in moeilijke omstandigheden. Er is nog generlei insolventieprocedure geopend, waaraan hij bevoegdheden kan ontnemen, maar insolventie zal al wel aanwezig of toch ten minste imminent zijn. Dat is een fundamenteel andere positie dan die van de curator. Het voorontwerp knoopt in dat licht wat al te gemakkelijk aan bij de curator. De figuur van de beoogd curator verdient een verder doordachte uitwerking en bevoegdheden die toegesneden zijn op de gevaren waarmee de betrokkenen bij de pre-pack – waaronder degenen die in deze periode met de schuldenaar contracteren – worden geconfronteerd. ●

58. Vergelijk W.J.P. Jongepier en K.P.

Hoogenboezem, ‘Wie is de stille bewindvoerder?’, *FIP* 2013, p. 199.

59. Naar HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).

60. Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, hoofdstuk XVI.

61. P. 23.

62. Vergelijk N.W.A. Tollenaar, ‘Van pre-

pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak’, *FIP* 2013, p. 207.

63. Vergelijk par. 6 van de hiervoor

genoemde ‘SIP 16’: ‘An insolvency practitioner should bear in mind the duties and obligations which are owed to creditors in the pre-appointment period. They should be mindful of the potential liability which may attach to any person who is a party to a decision that causes a company to incur

credit and who knows that there is no good reason to believe it will be repaid. Such liability is not restricted to the directors.’

64. Zie het eerdergenoemde advies, p. 6.

65. Vergelijk N.W.A. Tollenaar, ‘Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak’, *FIP* 2013, p. 208, die de ‘stille bewindvoerder’ (naar huidige recht) aanbeveelt een liquiditeitsprognose te vragen, hoewel hij elders in het stuk toch

bepaald geen strenge aansprakelijkheidseisen stelt. Anders: W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, ‘Wie is de stille bewindvoerder?’, *FIP* 2013, p. 196.

66. Zie het verslag van de voormalig beoogd curatoren, p. 4 en 5, te raadplegen via http://www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF.